



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht - Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz

Giampaolo, Davide ; Huguenin, Claire

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-84250>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Giampaolo, Davide; Huguenin, Claire (2013). Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht - Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz. Jusletter, 14(28.01.2013):online.

Davide Giampaolo / Prof. Dr. Claire Huguenin

Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz

Die gesetzlichen Normen zum Konsumvertragsrecht sind in der Schweiz auf die gesamte Rechtsordnung verteilt: Bis heute sind bereits zwei Dutzend Konsumschutzbestimmungen in das OR und UWG eingefügt worden – Tendenz steigend. In einem entwicklungsgeschichtlichen Streifzug analysieren die Autoren die systematische Platzierung der business-to-consumer-Regeln und plädieren für eine Neuordnung des gesamten konsumrelevanten Vertragsrechts in einem eigenen Konsumschutzgesetz. Ein ausgearbeitetes «Muster-Konsumschutzgesetz» ist dem Beitrag beigelegt.

Rechtsgebiet(e): Konsumentenrecht; OR besonderer Teil; Wirtschaftsstrafrecht (UWG, Kartellgesetz, BankG, BEHG); Beiträge

Zitiervorschlag: Davide Giampaolo / Claire Huguenin, Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz, in: Jusletter 8. Juli 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Entwicklungen des Konsumschutzes im schweizerischen Vertragsrecht
 1. Im OR
 2. In Spezialgesetzen
 - 2.1 Im UWG
 - 2.2 Im KKG
 - 2.3 Im PauRG
- III. Gegenwärtiger Stand des EU-Konsumschutzes im Vertragsrecht im Vergleich zur Schweiz
- IV. Assessment I: Wünschbarkeit einer Ausgliederung des Konsumschutzrechts aus dem OR
 1. «Umsetzung» von EU-Konsumschutzrecht im OR
 2. «Umsetzung» von EU-Konsumschutzrecht in Spezialgesetzen
 3. Platzierung von OR in Spezialgesetzen
 4. Zwischenfazit
- V. Assessment II: Wünschbarkeit eines Konsumschutzgesetzes
 1. Vorteile
 - 1.1 Gewinn an Übersichtlichkeit für Konsumenten und Unternehmen
 - 1.2 Steigerung der Flexibilität und Effizienz bei (künftigen) Gesetzesrevisionen
 - 1.3 Verbesserung der Kohärenz zwischen den Rechtsmaterien
 2. Systematischer Aufbau
 - 2.1 «Allgemeiner Teil»
 - 2.2 «Besonderer Teil»
- VI. Schlussfazit
- VII. Annex: «Muster-Konsumschutzgesetz»

I. Einleitung

[Rz 1] In der Schweiz sind in jüngerer Zeit vielfältige Änderungen am Obligationenrecht (OR) und am Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹ vorgenommen worden, die das Konsumvertragsrecht betreffen. Bis heute sind bereits rund zwei Dutzend der OR- und UWG-Normen ausschliesslich auf das Verhältnis *business-to-consumer* (b2c) anwendbar. Dem allgemeinen Vertrags- und Lauterkeitsrecht wurden dabei nicht nur neue konsumrechtliche Normen hinzugefügt, sondern es wurde auch – wie anlässlich der Revision des Art. 8 UWG² geschehen – der Anwendungsbereich einer von ihren persönlichen Anwendungsvoraussetzungen her indifferente, allgemeine Norm in eine b2c-Regelung umgewandelt.

[Rz 2] Wird die eingeschlagene Marschrichtung beibehalten, was aber angesichts verschiedener legislatorischer Neuorientierungen nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden kann, ist man mit der Übernahme von europäischem Konsumrecht noch nicht am Ende: Zum einen hat die Schweiz den Stand des heute in der EU bestehenden *acquis* noch nicht erreicht, zum anderen wird ständig neues EU-Konsumrecht erlassen. Vor dem Hintergrund des sich derzeit abzeichnenden Richtungswechsels gegenüber dem «Tiefpunkt» von 2005 – das damalige Motto des Bundesrates lautete sinngemäss: «Der

schweizerische Konsument ist mündig und braucht den Konsumschutz nicht»³ –, fragt sich, ob der bislang gewählte Ansatz einer Implementierung von einzelnen Konsumrechtsnormen in das OR bzw. in das UWG nach wie vor der richtige ist.

[Rz 3] Nach der hier vertretenen Ansicht legt sowohl die Menge an übernommenen wie auch jene an wohl künftig noch einflussenden b2c-Normen nahe, diese in einem eigenen *Konsumschutzgesetz* zu versammeln und dort systematisch neu zu ordnen.

[Rz 4] Ein eigenständiges Konsumschutzgesetz weist im Wesentlichen zwei Vorteile auf: Erstens gewinnen Konsument, Unternehmer und Dritte (Gerichte, Behörden, Organisationen, Anwältinnen und Bürger) so leichter den *Überblick* über die bei Konsumverträgen geltenden (meist zwingend angeordneten) Rechte und Pflichten. Und zweitens werden das OR und das UWG von Normen *entlastet*, deren persönlicher Geltungsbereich gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht bzw. der allgemeinen Unlauterkeitsnorm auf bestimmte Personengruppen beschränkt ist. Der Gesetzgeber hat mit dem Konsumkreditgesetz (KKG)⁴ und dem Pauschalreisegesetz⁵ diesen Weg bereits einmal eingeschlagen. Wir schlagen vor, diesen *approach* weiter zu verfolgen, und zeigen auf, wie wir uns ein solches Gesetz vorstellen könnten.

II. Entwicklungen des Konsumschutzes im schweizerischen Vertragsrecht

1. Im OR

[Rz 5] a) Auf den 1. Juli 1991 hin wurden mit den Art. 40a ff. OR sieben Bestimmungen über die sog. *Haustürgeschäfte* in das OR eingefügt.⁶ Bereits zwei Jahre später erfuhr dieser Normenkomplex eine erste Revision: Als Teil des «Swisslex»-Programms wurden die Art. 40b–e OR an die Richtlinie 85/577/EWG⁷ angepasst und damit erneut «eurokompatibel» ausgestaltet.⁸ Eine weitere Änderung erfolgte

³ S. Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. November 2005, Konsumentenschutz wird nicht ausgebaut; abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-11-091.html.

⁴ Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1).

⁵ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3).

⁶ Eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 (AS 1991 846), in Kraft seit 1. Juli 1991; s. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354. Zusammen mit den Art. 40a ff. OR trat auch Art. 6a OR in Kraft, dem ebenfalls Konsumschutzcharakter zukommt, dessen Anwendungsbereich allerdings nicht auf b2c begrenzt ist.

⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 372 vom 31. Dezember 1985, 31.

⁸ Änderung durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 (AS 1993

¹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241).

² Revidiert durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2011 über die Änderung des UWG (AS 2011 4909), in Kraft seit 1. Juli 2012.

2001, als mit der Einführung des Gerichtsstandsgesetzes Art. 40g OR aufgehoben wurde.⁹ Im August 2012 legte die ständerätliche Kommission für Rechtsfragen sodann einen Vorentwurf für eine «Revision des Widerrufsrechts» vor.¹⁰ Dabei geht es dem Inhalt nach um einen Vorschlag für eine Reform des konsumvertraglichen Widerrufsrechts *in toto*. Damit angestrebt wird nämlich neben einer sachlich-quantitativen *Erweiterung* des Anwendungsbereichs der Art. 40a ff. OR (s. sogleich unten) auch die *Harmonisierung* der im OR (Art. 227a Abs. 2 Ziff. 7, Art. 406d Ziff. 5–7, Art. 406e und 406f OR¹¹) wie auch in Sondergesetzen (Art. 16 KKG) geregelten Widerrufsrechte eingeschlossen deren Rechtsfolgen und Modalitäten.¹²

[Rz 6] Bei den neuen Art. 40a ff. VE-OR handelt es sich um 11 Normen, die längste – Art. 40k VE-OR – umfasst fünf Absätze. Die vorgeschlagene Normengruppe regelt nicht nur b2c-Geschäfte, die *ausserhalb der Geschäftsräume eines Unternehmers* (nach wie vor *pars pro toto* als «Haustürgeschäfte» bezeichnet) abgeschlossen werden, sondern neu auch jene b2c-Vereinbarungen, welche im Rahmen eines organisierten Vertriebssystems via *Fernkommunikationsmittel*

(z.B. Telefon, Internet, Post, Fax) getroffen werden (sog. Fernabsatzgeschäfte¹³). Sowohl die Haustür- wie auch die Fernabsatzgeschäfte soll der Konsument neu während einer – verlängerten und dadurch «eurokompatiblen» – Frist von 14 Tagen ohne Angabe eines Grundes *widerrufen* dürfen (Art. 40a Abs. 1 i.V.m. 40i Abs. 1 VE-OR).

[Rz 7] Mit dem Fernabsatzgeschäft soll der sachliche Geltungsbereich der Art. 40a ff. OR um einen *neuen Typus* oder genauer *Modus* der Vertragsanbahnung erweitert werden. Dieser fällt quantitativ ungleich viel stärker ins Gewicht als die Anzahl der Geschäfte, bei denen sich Anbieter und Konsument ausserhalb der Geschäftsräume physisch begegnen.¹⁴ Während der Verkauf an der Haustüre *de facto* ein Auslaufmodell bildet, wächst der Fernabsatz, zu welchem prominent auch das *online*-Geschäft¹⁵ gehört, seit den letzten Jahren immer stärker.¹⁶ Mit der vorgesehenen Ausweitung der Widerrufbarkeit solcher Geschäfte strebt die ständerätliche Kommission für Rechtsfragen in erster Linie eine Angleichung des schweizerischen Konsumvertragsrechts an die europäische Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU¹⁷ an, wobei teilweise terminologische, aber auch materiell-dogmatische Inkongruenzen bewusst in Kauf genommen werden.

[Rz 8] So hält z.B. Art. 40b VE-OR weiterhin am Begriff des Haustürgeschäfts fest¹⁸, obgleich der im Gemeinschaftsrecht nunmehr etablierte Terminus des «ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags» (*off premises contract*; s. Art. 2 Ziff. 8 VRRL, Erwägung 21 zur VRRL, Art. 2 lit. q Verordnung CESL¹⁹) den anvisierten Schutzzweck treffender erfasst. Denn nach der Teleologie der entsprechenden Bestimmung ist neu auch in der Schweiz nicht der

3120), in Kraft seit 1. Januar 1994; s. Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 880, mit Verweis auf die Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 388.

⁹ Aufhebung durch Anhang Ziff. 5 des Bundesgesetzes vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (AS 2000 2355; nunmehr aufgehoben durch die Zivile Prozessordnung (ZPO)), mit Wirkung seit 1. Januar 2001; zur Entstehungsgeschichte s. KUT AHMED, in: FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Art. 1–183 OR), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 40a–g OR N 1 ff.

¹⁰ Vorentwurf für eine Revision des Widerrufsrechts vom 23. August 2012 (VE-OR); s. auch den erläuternden Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 23. August 2012, Parlamentarische Initiative – «Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf» (06.441); sowie den Bericht vom April 2013 über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, alle abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/Seiten/default.aspx>.

¹¹ Der betreffende Regelungskomplex zum Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsvertrag (Art. 406a–406h OR) fand mit dem Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 (AS 1999 1118; in Kraft seit 1. Januar 2000) Eingang ins OR und soll jetzt revidiert werden. Die geplante Revision betrifft ausschliesslich das Widerrufsrecht; die Terminologie «Auftraggeber» bzw. «Beauftragter» (Vermittler) soll trotz der inhaltlichen Ausrichtung auf das Konsumschutzrecht beibehalten werden.

¹² S. Bericht vom 23. August 2012 (FN 10), 8 ff.; für eine ausführliche Stellungnahme zum Vorentwurf s. HUGUENIN CLAIRE/GIAMPAOLO DAVIDE/MEISE BARBARA, Stellungnahme zu den Vorentwürfen der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen zu den parlamentarischen Initiativen «Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf» (06.441) und «Aufhebung der Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag» (07.500), Zürich 2012, abrufbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/lehre-forschung/alphabetisch/huguenin/ch/publikationen/Stellungnahme.pdf>; ferner HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Vertragsrecht, in: KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2012/13, Zürich/St. Gallen 2013, 334 ff.

¹³ *Distance contract*, s. Erwägung 20 zur VRRL (FN 17); Art. 2 lit. p. Verordnung CESL (FN 19).

¹⁴ S. Bericht vom 23. August 2012 (FN 10), 6 ff.; ausführlich HUGUENIN/GIAMPAOLO/MEISE (FN 12), 7 ff.

¹⁵ Das *online*-Geschäft hätte ursprünglich durch das «Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr» (Entwurf vom 17. Januar 2001) geregelt werden sollen, welches allerdings aufgrund divergierender Vernehmlassungsergebnisse nie in Kraft trat.

¹⁶ Gemäss Bundesamt für Statistik (2010) benutzen 47% der gesamten erwachsenen Bevölkerung (von 16 bis 74 Jahre) in der Schweiz das Internet für den Kauf bzw. für die Bestellung von Waren und Dienstleistungen. Die Zahl der *online*-Konsumenten hat sich seit 2004 mehr als verdoppelt. Damit liegt die Schweiz weit über dem europäischen Durchschnitt von 31% (Statistiken abrufbar unter http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30108.301.html?open=1,327,2,333#333).

¹⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, AB L 304 vom 22. November 2011, 64 (VRRL).

¹⁸ So Bericht vom 23. August 2012 (FN 10), 16.

¹⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endgültig vom 11. Oktober 2011.

Verkauf an der Haustüre entscheidend, sondern der für einen Vertragsabschluss ausserhalb des Geschäftsbetriebs typische Überrumpelungseffekt.

[Rz 9] Auch in dogmatischer Hinsicht weicht der schweizerische Vorentwurf von der europäischen Regelung ab: Die VRRL knüpft den Widerruf an den *Vertrag* an (Art. 9 Ziff. 1 VRRL)²⁰, Art. 40a Abs. 1 und 40k Abs. 1 VE-OR dagegen an den *Antrag* bzw. die *Annahme*.

[Rz 10] Unseres Erachtens ist die zweitgenannte Konstruktion aus den folgenden Gründen abzulehnen: Die Anknüpfung des Widerrufsrechts an Antrag oder Annahme hat die Konsequenz, dass der Widerrufsfall ohne hinreichenden Grund für eine Andersbehandlung aus dem logischen Verbund der Entstehungsmängel ausgegliedert wird.²¹ Dies zeigt sich in der Folge auch daran, dass die Rechtsfolge des Widerrufs nicht in der sachlich zutreffenden *Vertragsungültigkeit*, sondern in der *Unwirksamkeit* von Antrag und Annahme (Art. 40k Abs. 1 VE-OR) bestehen soll. Die genannte «Sonderbehandlung» fällt auch insofern aus dem Rahmen, als auch bei anderen Verträgen, die mit Entstehungsmängeln behaftet sind (z.B. formungültige oder irrtumsbehaftete Verträge), methodisch kohärent nicht die *Konsens*-, sondern die *Gültigkeitsfrage* thematisiert wird (sog. Zweistufentheorie²²). Hinzu kommt ein praktisches Problem: Häufig ist es im Nachhinein gar nicht mehr möglich, die im Konsens vereinten Erklärungen in Antrag und Annahme zu zerlegen. Die Sonderanknüpfung bringt mit anderen Worten keinen Differenzierungsgewinn.

[Rz 11] Als Zwischenfazit darf an dieser Stelle festgehalten werden, dass die entsprechende Normengruppe seit 1991 in Kraft ist, mit der anstehenden Revision bereits zum dritten Mal geändert und bei dieser Gelegenheit bezüglich ihres sachlich-quantitativen Geltungsbereichs um ein Vielfaches ausgedehnt werden soll. Die längst fällige dogmatische Eingliederung in die bestehende Systematik ist dabei zu Unrecht einmal mehr unterblieben. Nicht nur wurde der Normenbestand aufgebläht, sondern auch die Gelegenheit, formale und inhaltliche Klarheit zu schaffen, verpasst.

[Rz 12] b) Mittels Änderungsgesetz vom 16. März 2012²³

beschloss das Parlament, die *Verjährungsdauer für Sachgewährleistungsansprüche* des Fahrniskäufers von einem auf *zwei Jahre* zu verlängern (Art. 210 Abs. 1 OR; s. auch Art. 5 Ziff. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie²⁴). Dagegen beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre, wenn die Sache bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde und dessen Mangelhaftigkeit verursachte (Art. 210 Abs. 2 OR).

[Rz 13] Neu enthält Art. 210 Abs. 4 OR eine b2c-Regelung: Danach ist die Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre (bzw. bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr) ungültig (lit. a), sofern die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist (lit. b) und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (lit. c). Der revidierte Art. 210 OR umfasst neu sechs Absätze. Die Bestimmung über die Verjährung der *werkvertraglichen* Mängelrechte wurde entsprechend angepasst (Art. 371 OR).

[Rz 14] Hier lautet das Zwischenfazit, dass zwar – im Gegensatz zur geplanten Revision zum Haustür- und Fernabsatzgeschäft (Art. 40a ff. VE-OR) – keine zusätzlichen Normen geschaffen wurden, dafür aber bei der Regelung über die Dauer bzw. Abänderbarkeit gewährleistungsrechtlicher Verjährungsfristen neu zwischen anwenderneutalem und Konsumrecht (b2c) unterschieden wird. Auch hier ist mit anderen Worten eine Verkomplizierung zu vermerken.

[Rz 15] c) Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang schliesslich das Konsumkreditrecht: Von den 22 Teilzahlungsregeln, welche 1963 in Kraft getreten waren (Art. 226a–228 aOR²⁵) und welche ebenfalls zwischen professionellen und privaten Schuldner unterschieden, wurden 1993 anlässlich der Schaffung des KKG vom 8. Oktober 1993²⁶ diverse Bestimmungen geändert bzw. im Zuge einer ersten Revision des KKG im Jahr 2001 die Art. 226a–226d und 226f–226m OR über den *Abzahlungsvertrag* aufgehoben.²⁷

[Rz 16] Die Aufhebung von Teilzahlungsregeln im Jahr 2001 betraf im Übrigen nicht nur das OR, sondern auch das UWG. Dieses enthält nämlich fünf Tatbestände, welche nur gerade den Konsumkredit betreffen (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n, Art. 4 lit. d UWG).

[Rz 17] Die Regelungen zum *Vorauszahlungsvertrag*, also die zehn übrigen Normen (Art. 227a–228 OR), sollen anlässlich

²⁰ Nach Art. 9 Ziff. 1 VRRL «steht dem Verbraucher eine Frist von 14 Tagen zu, in der er einen Fernabsatz- oder einen ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen *Vertrag* ohne Angabe von Gründen [...] widerrufen kann» (Hervorhebung durch die Verfasser hinzugefügt).

²¹ Ausführlich HUGUENIN/GIAMPAOLO/MEISE (FN 12), 10.

²² S. dazu HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N 445.

²³ Bundesgesetz vom 16. März 2012 (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination), in Kraft seit 1. Januar 2013 (AS 2012 5415); s. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 21. Januar 2011, Parlamentarische Initiative – «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten» (06.490), Änderung von Artikel 210 OR, BBl 2011 2889; zum Ganzen GAUCH PETER, Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 2011, 145 ff.

²⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 171 vom 7. Juli 1999, 12.

²⁵ Eingefügt durch Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 1962 (AS 1962 1047), mit Wirkung auf 1. Januar 1963.

²⁶ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (AS 1994 367).

²⁷ Aufhebung durch Anhang 2 Ziff. II des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (AS 2002 3846); Art. 226e wurde durch das Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 (AS 1991 974) aufgehoben.

der anstehenden Revision²⁸ aufgehoben werden. Der Grund dafür liegt darin, dass Vorauszahlungskäufe heute «aus dem Rechtsleben verschwunden» seien²⁹. Zugleich sollen auch die mit den Art. 227a ff. OR korrespondierenden Bestimmungen im UWG angepasst werden (Art. 3 Abs. 1 lit. m, Art. 4 lit. d VE-UWG).

[Rz 18] Als Zwischenfazit sei festgehalten, dass das ehemalige Abzahlungsrecht es auf eine Verweildauer im OR von 50, das Vorauszahlungsrecht von voraussichtlich 62, Jahren gebracht hat bzw. haben wird. Danach erfolgte der – nicht wortgetreue, aber sinngemässe – Transfer ins (erweiterte) KKG und ins UWG. Die Implantation in das KKG ist von einer ganz neuen Logik bestimmt, denn in der Zwischenzeit veränderte sich nicht nur die Rechtswirklichkeit, sondern auch die Dogmatik des europäischen Konsumvertragsrechts. Nicht ganz verständlich ist schliesslich, aus welcher Logik heraus es notwendig erschien, Teile der Konsumkreditregelung aus dem KKG auszulagern und im UWG unterzubringen.

2. In Spezialgesetzen

2.1 Im UWG

[Rz 19] Einen Teil des Vertragsrechts hat der schweizerische Gesetzgeber im Lauterkeitsrecht (UWG) angesiedelt. So sind z.B. bestimmte Informationspflichten über Konsumkreditverträge oder im Zusammenhang mit dem elektronischen Vertragsabschluss im UWG³⁰ normiert, «materiell» handelt es sich letztlich indessen um Vertragsrecht. Auch werden die Rechtsfolgen (im formellen und im materiellen Sinne) unlauterer – und insofern mit einem Entstehungsmangel behafteter – Verträge schewergewichtig im OR-Vertragsrecht geregelt. Im Folgenden seien die Regelungen zum Konsumkreditvertrag und zur AGB-Kontrolle hervorgehoben:

[Rz 20] a) Anlässlich der Revision des KKG vom 23. März 2001 wurden die den *Konsumkreditvertrag* betreffenden Art. 3 Abs. 1 lit. k–n und Art. 4 lit. d UWG geändert bzw. neu in das UWG eingefügt.³¹ Aktuell sollen die Art. 3 Abs. 1 lit. m und Art. 4 lit. d UWG erneut revidiert werden: Die Regeln betreffend die Vorauszahlungskäufe werden gestrichen,

die entsprechenden Vorschriften enthalten neu nur noch Konsumkreditrecht.³²

[Rz 21] Unserer Meinung nach ist die Begrenzung der Informationspflichten auf Konsumkreditverträge (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG) sachwidrig. Das Gleiche gilt auch hinsichtlich des Verbots einer Verleitung zum Vertragswiderruf (Art. 4 lit. d UWG). Die entsprechenden Regelungen sollten zugunsten der Konsumenten vielmehr *vertragstypenübergreifend* ausgestaltet werden.

[Rz 22] b) Mittels Änderungsgesetz vom 17. Juni 2011 hat der Gesetzgeber die lauterkeitsrechtliche *AGB-Kontrollnorm* (in Anlehnung an die europäische Richtlinie 93/13/EWG³³, welche die Beschränkung auf Konsumenten aber nicht zwingend vorschreibt) redimensioniert (Art. 8 UWG):³⁴ Der Anwendungsbereich der Bestimmung wurde bei dieser Gelegenheit neu auf b2c-Verträge beschränkt. Unlauter gemäss Art. 8 UWG (in der geltenden Fassung) ist die Verwendung von AGB demnach nur noch, sofern diese in einer «Treu und Glauben» verletzenden Weise «zum Nachteil von *Konsumentinnen und Konsumenten* ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen».³⁵ Die revidierte Bestimmung verzichtet ausserdem auf das Kriterium der «Irreführung» gemäss Art. 8 aUWG, welches die Anwendung der Norm erheblich erschwerte. Zusammen mit Art. 8 UWG wurden auch die Art. 3 Abs. 1 lit. p–q, Art. 3 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 lit. c und Abs. 3–5, Art. 21–23 sowie Art. 27 UWG revidiert bzw. neu eingefügt.³⁶

2.2 Im KKG

[Rz 23] Angelehnt an die (damals geltende) europäische Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG³⁷ wurde 1993 im Rahmen des «Swisslex»-Programms eine erste Fassung des KKG³⁸ erlassen.³⁹ Dieses charakterisierte sich in erster Linie

²⁸ S. den Vorentwurf für eine Teilrevision des Obligationenrechts (Aufhebung der Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag) vom 18. Juni 2012; s. auch den erläuternden Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 18. Juni 2012, Parlamentarische Initiative – «Aufhebung der Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag» (07.500); sowie den Bericht vom März 2013 über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, alle abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/07-500/seiten/default.aspx>.

²⁹ Bericht vom 18. Juni 2012 (FN 28), 6.

³⁰ Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG; Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG.

³¹ Anhang 2 Ziff. II des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (AS 2002 3846).

³² S. Ziff. 2 des Vorentwurfs vom 18. Juni 2012 (FN 28).

³³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 95 vom 21. April 1993, 29.

³⁴ Änderung gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2011 (AS 2011 4909), in Kraft seit 1. Juli 2012; s. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 6151 6177 ff.

³⁵ Hervorhebung durch die Verfasser hinzugefügt.

³⁶ Bundesgesetzes vom 17. Juni 2011 (AS 2011 4909), in Kraft seit 1. April 2012

³⁷ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABI L 42 vom 12. Februar 1987, 48; nunmehr aufgehoben durch die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. August 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABI L 133 vom 22. Mai 2008, 66.

³⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (AS 1994 367).

³⁹ Zur Entstehungsgeschichte s. BRUNNER ALEXANDER, in: AMSTUTZ MARC (Hrsg.),

als eine Art «Konsumenteninformationsgesetz»; es regelte vor allem die vorvertragliche Information.⁴⁰

[Rz 24] Mit dem Erlass des heute geltenden KKG (in Kraft seit 1. Januar 2003) wurde die schweizerische Gesetzgebung zum Konsumkredit wesentlich erweitert. Zur gleichen Zeit hob der Gesetzgeber die OR-Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag (Art. 226a–226d und 226f–226m OR)⁴¹ auf und setzte die Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG)⁴² in Kraft.

[Rz 25] Im Zusammenhang mit der aktuellsten Revision des Widerrufsrechts ist auch eine Änderung des KKG geplant (s. vorn II./1./a). Diese betrifft die Verlängerung der Widerrufsfrist bei Konsumkreditverträgen von sieben auf 14 Tage (Art. 16 Abs. 1 VE-KKG 2012).

[Rz 26] Ein weiterer Revisionsentwurf zum KKG befindet sich zurzeit in der Vernehmlassung (die Vernehmlassungsfrist endet am 30. September 2013).⁴³ Der Vorentwurf der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats sieht zum einen strengere Auflagen bei der Kreditfähigkeitsprüfung vor (Art. 25 und 31 VE-KKG 2013). Zum andern soll (nach einer Minderheit der Kommission) der sachliche Anwendungsbe-
reich des KKG auf sog. «Expresskredite» erweitert werden, die de lege lata im Ausnahmekatalog von Art. 7 KKG figurieren (Art. 7 Abs. 1 lit. f VE-KKG 2013). Darüber hinaus enthält der Vorentwurf neu ein Verbot «aggressiver Werbung» für Konsumkredite. Im Gegensatz zu den konsumkreditspezifischen Informationspflichten oder zum Tatbestand der besonders aggressiven Verkaufsmethoden, die im UWG angesiedelt sind (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n bzw. lit. h UWG), soll die Regelung der besonders aggressiven Werbemethoden – ohne dass ein Grund für eine Sonderbehandlung ersichtlich wäre (s. Art. 36 KKG, wonach sich die Werbung für Konsumkredite nach dem UWG richtet) – im KKG platziert werden (Art. 36a und 36b VE-KKG 2013), ohne dass eine entsprechende Modifikation des UWG vorgesehen wäre.

[Rz 27] Die Regelung des Konsumkredits in einem Spezialgesetz hat zu einer bedenklichen Verzettelung der Materie geführt.

2.3 Im PauRG

[Rz 28] Das Pauschalreisegesetz⁴⁴ trat am 1. Juli 1994 in Kraft und entspricht weitgehend der europäischen Richtlinie 90/314/EWG in ihrer (unterdessen nicht mehr geltenden) Fassung vom 13. Juni 1990⁴⁵.

[Rz 29] Im Gegensatz zum Konsumkreditgeschäft, das im KKG, in der VKKG und teilweise im UWG geregelt ist, führt die Regelung über den Pauschalreisevertrag ein recht statisches und isoliertes Dasein: Weder wurde diese ganz oder zum Teil in das OR hinein- bzw. aus dem OR heraustransferiert, noch befinden sich Teile des Pauschalreiserechts in einer Verordnung oder im UWG. Mit Ausnahme der Konstellationen, in welchen der Vertragsschluss ausserhalb der Geschäftsräume oder via Fernkommunikationsmittel erfolgt, wird der Pauschalreisevertrag auch nicht in den Widerrufsschutz einbezogen.

[Rz 30] Anders als beim KKG führte die Regelung des Pauschalreiserechts in einem Spezialgesetz nicht zur Verzettelung, aber doch zu einer mangelnden Anbindung der Materie an das Konsumrecht.

III. Gegenwärtiger Stand des EU-Konsumschutzes im Vertragsrecht im Vergleich zur Schweiz

[Rz 31] Das schweizerische Konsumvertragsrecht hat sich in der Hauptsache gestützt auf eine fortschreitende Anpassung an europäisches Gemeinschaftsrecht herausgebildet. Unterdessen umfassen die in das Schweizer Vertrags- und Lauterkeitsrecht «transferierten» b2c-Regelungen etwa zwei Dutzend OR- bzw. UWG-Normen sowie zwei Spezialerlasse (KKG, PauRG), einer davon wird mit Verordnung (VKKG) ergänzt.

[Rz 32] Dem steht ein riesiges und noch wachsendes, vor allem aber sich unablässig neu gruppierendes *corpus* an EU-Konsumvertragsrecht gegenüber.

[Rz 33] a) Bis zum 13. Dezember 2013 müssen die EU-Mitgliedstaaten die 2011 angenommene Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (*Verbraucherrechterichtlinie*) in ihr nationales Recht umgesetzt haben.⁴⁶ Mittels dieser Richtlinie sollen die vorvertraglichen Informationspflichten sowie das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften und bei

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 1–42 KKG N 1 ff.

⁴⁰ BRUNNER (FN 39), Art. 1–42 KKG N 5.

⁴¹ Anhang 2 Ziff. II des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (AS 2002 3846).

⁴² Verordnung vom 6. November 2002 zum Konsumkreditgesetz (SR 221.214.11), in Kraft seit 1. Januar 2003.

⁴³ Vorentwurf für eine Revision des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Mai 2013 (VE-KKG 2013); s. auch den erläuternden Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 14. Mai 2013, Parlamentarische Initiative – «Schuldenprävention. Keine Werbung für Kleinkredite» (10.467).

⁴⁴ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3).

⁴⁵ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl L 158 vom 23. Juni 1990, 59.

⁴⁶ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 304 vom 22. November 2011, 64 (VRRL), anzuwenden ab 13. Juni 2014 (Art. 28 VRRL).

ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen EU-weit harmonisiert werden. Dabei wird mit der Aufhebung der Richtlinien 85/577/EWG⁴⁷ und 97/7/EG⁴⁸ zugleich auch der Mindestharmonisierungsansatz aufgegeben.⁴⁹ Neu dürfen die Mitgliedstaaten weder bestehende, von der Verbraucherrechtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechterhalten, noch dürfen sie künftig solche einführen, es sei denn, die Richtlinie gestatte dies (Art. 4 VRRL). Die Widerrufsmodalitäten (Frist, Ausübung etc.) sind beispielsweise einheitlich festgelegt, während die Regelung der Informationspflichten national Ergänzungen zulässt (Art. 5 Ziff. 4 VRRL). Durch die *vollständige* Harmonisierung bestimmter Regelungsbereiche strebt die EU den Abbau der sich aus der bestehenden Rechtszersplitterung ergebenden Hindernisse für den Binnenmarkt an.⁵⁰

[Rz 34] b) Zum konsumvertraglichen *acquis communautaire* gehören sodann eine Reihe weiterer Richtlinien: Zu erwähnen sind z.B. die infolge der Verbraucherrechtlinie novellierten, nicht aber aufgehobenen Richtlinien 93/13/EWG über *missbräuchliche Klauseln* in Verbraucherverträgen⁵¹ und 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des *Verbrauchsgüterkaufs* und der Garantien für Verbrauchsgüter⁵², ferner die Richtlinie 2000/31/EG über den *elektronischen Geschäftsverkehr*⁵³ und die Richtlinie 2008/122/EG über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von *Teilnutzungsverträgen*, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen⁵⁴. Hier einzuordnen sind auch die Richtlinien 90/314/EWG über *Pauschalreisen*⁵⁵ und 2008/48/EG über *Verbraucherkreditverträge*⁵⁶, die – in ihren früheren Fassungen – im Rahmen

des «autonomen Nachvollzugs» ins Schweizer Recht transferiert wurden (s. vorn II./2./2.2 f.).

[Rz 35] c) Ein weiteres Instrument zur Förderung des grenzüberschreitenden Handels im Binnenmarkt legte die Europäische Kommission 2011 mit ihrem Verordnungsvorschlag für ein *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* (CESL)⁵⁷ vor. Anders als bei der Verbraucherrechtlinie wird mit dem CESL nicht eine primär *top-down*-koordinierte Angleichung der innerstaatlichen Vertragsrechtsregelungen beabsichtigt; vielmehr soll den Vertragsparteien bei grenzübergreifenden Geschäften ein eigenständiges und einheitliches Regelwerk zur Verfügung gestellt werden, welches als zweite Vertragsrechtsregelung neben das nationale Vertragsrecht tritt.⁵⁸ So kann z.B. ein italienisches Unternehmen mit einem finnischen oder auch einem schweizerischen *Konsumenten* vereinbaren (b2c), dass für den entsprechenden Kaufvertrag das CESL gilt (Art. 3 f. Verordnung CESL). Das italienische Unternehmen kann das CESL aber auch seinen Kaufverträgen mit finnischen oder auch schweizerischen *Unternehmen* zugrunde legen, sofern mindestens eine der Parteien ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) ist, also weniger als 250 Personen beschäftigt und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR aufweist (Art. 7 Verordnung CESL). Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten die Option, den persönlichen Anwendungsbereich des CESL auf *business-to-business*-Geschäfte (b2b) zu erweitern, selbst wenn keine der Vertragsparteien ein KMU nach Massgabe von Art. 7 der Verordnung ist (Art. 13 Verordnung CESL). Der sachliche Anwendungsbereich geht insoweit über Kaufverträge im herkömmlichen Sinn hinaus, als auch Verträge über verbundene Dienstleistungen eingeschlossen werden können (Art. 5 Verordnung CESL).

[Rz 36] Das CESL unterscheidet sich nicht nur inhaltlich, sondern auch im Gesetzgebungsstil vom traditionellen *acquis*. Zunächst ist es nicht als Richtlinie, sondern als Verordnung konzipiert. Sodann kehrt es in seinem ersten Teil insofern zum Stil der klassischen Schuldrechtskodifikationen zurück, als es mit einer Serie *allgemeiner Grundsätze* und Auslegungsprinzipien eröffnet wird (Art. 1 ff. CESL). Wenn auch nicht der Form nach, so doch in der Sache, verpflichtet es sich im zweiten Kapitel eher dem (vollharmonisierenden) Richtlinienansatz. Das zweite Kapitel regelt die *vorvertraglichen Informationspflichten* im Verhältnis b2c (Art. 13 ff. CESL) bzw. b2b (Art. 23 CESL) sowie die «zusätzlichen» Pflichten und (technischen) Erfordernisse bei elektronisch abgeschlossenen Fernabsatzverträgen (Art. 24 ff. CESL). An das dritte Kapitel über den Vertragsschluss (Art. 30 ff. CESL) schliesst

⁴⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 372 vom 31. Dezember 1985, 31.

⁴⁸ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 144 vom 4. Juni 1997, 19.

⁴⁹ S. Erwägung 2 der VRRL.

⁵⁰ S. Erwägung 7 der VRRL.

⁵¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 95 vom 21. April 1993, 29.

⁵² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 171 vom 7. Juli 1999, 12.

⁵³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABI L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

⁵⁴ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABI L 33 vom 3. Februar 2009, 10.

⁵⁵ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABI L 158 vom 23. Juni 1990, 59.

⁵⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

23. April 2008 über Verbrauchercreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABI L 133 vom 22. Mai 2008, 66.

⁵⁷ KOM (2011) 635 endgültig vom 11. Oktober 2011.

⁵⁸ S. KOM (2011) 635 endgültig vom 11. Oktober 2011, 2 ff.; zum Ganzen HUGUENIN/MEISE (FN 12), 323 ff.

sich ein Passus über das *Konsumenten-Widerrufsrecht* bei im Fernabsatz und ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen an (Art. 40 ff. CESL). Wiederum klassisch ausgestaltet ist die Passage über die Willensmängel (sog. Einigungsmängel; Art. 48 ff. CESL). Dem dritten Teil über die *Bestimmung des Vertragsinhalts* (Auslegung, Inhalt und Wirkungen) ist auch das Kapitel über die *AGB-Kontrolle* angegliedert («unfaire Vertragsbestimmungen»; Art. 79 ff. CESL), das nach einem allgemeinen Teil weiter zwischen b2c- (Art. 82 ff. CESL) und b2b-Verträgen (Art. 86 CESL) unterscheidet. Im Anschluss daran werden jene Kaufverträge geregelt, deren Gegenstand in der *Bereitstellung digitaler Inhalte* besteht (Art. 87 ff. CESL). Der vierte und fünfte Teil befassen sich mit den *Verpflichtungen* von Verkäufer und Käufer, jeweils gefolgt von den damit korrespondierenden *Ansprüchen* der jeweiligen Gegenseite (Art. 91 ff. CESL). Diese Systematisierung entspricht dem Wiener Kaufrecht (s. Art. 30 ff. des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf [CISG])⁵⁹, wobei das CESL, anders als das Wiener Kaufrecht, welches nur b2b-Verträge regelt, partiell Unterschiede zwischen b2c- und b2b-Verträgen vorsieht. Ebenfalls wie im Wiener Kaufrecht wird der Anspruch auf *Schadenersatz* in einem eigenen Abschnitt geregelt (Art. 159 ff. CESL). Schliesslich folgen die Normen über *Verzugszinsen*, *Zahlungsverzug*, *Rückabwicklung* und *Verjährung* (Art. 166 ff. CESL).

[Rz 37] Bezüglich des CESL lässt sich noch wenig sagen, da der Einigungsprozess zwischen den involvierten Gruppierungen noch im Gang und der Verordnungsvorschlag entsprechend vielen Änderungen ausgesetzt ist. Unübersichtlich erscheint uns jedenfalls die Verflechtung von Normen mit einem unterschiedlichen persönlichen Anwendungsbereich. Problematisch ist die Zusammenführung von klassischem und konsumorientierten Vertragsrecht auch insofern, als die jeweiligen Figuren noch nicht ausgereift genug sind, um in einem Erlass zusammengefügt zu werden. Jedenfalls kommt das CESL mit dem Paradigmenwechsel zwischen Konsumrecht und anwenderneutralem Vertragsrecht (noch) nicht zurecht. Während das klassische Vertragsrecht von der Privatautonomie ausgeht, besteht das Konsumrecht in erster Linie aus zwingendem Recht (s. hinten V./1./1.3). Aus diesem Grund erscheint uns eine so dichte Verflechtung der beiden Materien als problematisch.

IV. Assessment I: Wünschbarkeit einer Ausgliederung des Konsumschutzrechts aus dem OR

1. «Umsetzung» von EU-Konsumschutzrecht im OR

[Rz 38] Wie sich aus diesem *Tour d'Horizon* (s. vorn II./1.) schliessen lässt, ist – in Angleichung an das EU-Konsumschutzrecht – in der Schweiz sowohl bei der Regelung über die Haustürgeschäfte (Art. 40a ff. OR) wie auch anlässlich der Änderung der Verjährungsdauer für Sachgewährleistungsansprüche (Art. 210 Abs. 4 OR) spezifisches b2c-Recht in das OR eingefügt worden.

[Rz 39] Mit der aktuell vorgeschlagenen «Revision des Widerrufsrechts» soll zudem der Geltungsbereich der Art. 40a ff. OR auf Fernabsatzverträge erweitert werden (Art. 40a ff. VE-OR). Zwar mag dies als geringfügige Änderung angesehen werden. Erforderlich ist indessen neu ein beträchtlicher Eingrenzungs- und Definitionsapparat, um den persönlichen und insbesondere auch den sachlichen Anwendungsbereich der entsprechenden Regelungen neu zu bestimmen. Denn mit dem Fernabsatzgeschäft wird – wie übrigens schon bei der Einführung des Haustürgeschäfts (1991) – ein *neuer Vertragsmodus oder -typus* in das OR eingefügt, welcher sich nicht einfach in die bestehende Ordnung eingliedert, sondern sich zu dieser als neue Kategorie hinzufügt. Die Neuheit besteht darin, dass es sich primär um eine Umschreibung der Vertragsanbahnung und nur sekundär des Vertragsinhalts handelt.

[Rz 40] Hinzu kommt, dass die entsprechende Normengruppe mit der anstehenden Revision bereits zum dritten Mal geändert werden soll (s. vorn II./1./a). Der schnelle Wandel der betreffenden Vorschriften steht im Kontrast zur relativen Beständigkeit einer allgemeinen Kodifikation, die idealtypisch – und auch pragmatisch – betrachtet nicht Gegenstand von kurzfristigen Novellierungen sein sollte.⁶⁰

[Rz 41] Schliesslich charakterisieren sich alle in das OR transferierten b2c-Normen dadurch, dass sie als überwiegend zwingende Regeln ausgestaltet sind. Dies bedeutet im Wesentlichen einen partiellen Paradigmenwechsel von der Vertragsfreiheit zum zwingenden Recht: Standen im klassischen Vertragsrecht Legaldefinitionen im Mittelpunkt (Idealtypus), von denen graduell bis hin zum Innominatvertrag abgewichen werden durfte, wird durch die Implementierung von Konsumrecht in das OR verstärkt auf zwingende Regeln fokussiert, welche *per analogiam* auch wirtschaftlich gleichbedeutende Geschäfte umfassen. Jede Abweichung vom Geltungsbereich ist folgerichtig daraufhin zu prüfen, ob ein

⁵⁹ Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG; SR 0.221.211.1).

⁶⁰ S. HUGUENIN CLAIRE/HERMANN MATHIAS/MEISE BARBARA, Europäisches Vertragsrecht und schweizerisches Obligationenrecht, Jusletter vom 8. September 2008, Rz. 35.

Umgebungsgeschäft beabsichtigt wird bzw. – auch ohne Umgebungsabsicht – wirtschaftliche Äquivalenz vorliegt. Auf einer Mikroebene resultiert daraus ein teilweiser (aber jeweils nicht eigens gekennzeichnet) Übergang vom Verbot zum Gebot des *numerus clausus*. Damit nähert sich das Vertragsrecht jenen Teilen des Privatrechts an, die vom Typenzwang diktiert werden, wie etwa das Gesellschafts-, das Sachen- oder das Erbrecht. Daraus entsteht – nebst einem neu auszulotenden Verhältnis zur Verfassung – eine beträchtliche Rechtsunsicherheit für den Rechtsanwender.

2. «Umsetzung» von EU-Konsumschutzrecht in Spezialgesetzen

[Rz 42] Ein Teil des von der Schweiz übernommenen EU-Konsumvertragsrechts ist nicht im OR, sondern in Spezialerlassen platziert. Hierzu zählt z.B. die Regelung des Pauschalreisevertrages im PauRG wie auch jene des Konsumkreditvertrages im KKG. Ebenfalls hier einzuordnen sind ferner die unlängst geänderte und an die Klauselrichtlinie 93/13/EWG angelehnte AGB-Kontrollnorm (Art. 8 UWG)⁶¹ sowie die lauterkeitsrechtliche Regelung über unvollständige Angaben im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG), welche sich an der Richtlinie 2000/31/EG orientiert⁶².

[Rz 43] a) Am wenigsten Umplatzierungsbewegungen weist der Pauschalreisevertrag auf; dieser wurde von Anfang an in ein Spezialgesetz (PauRG) gefasst (s. vorn II./2./2.3). Der Pauschalreisevertrag bildet ein gutes Beispiel dafür, dass die Platzierung in einem Sondererlass für b2c-Verträge am nachhaltigsten ist: Steht eine Veränderung an, muss in der Regel nur das Spezialgesetz revidiert werden, was rationeller ist und der Rechtssicherheit dient.

[Rz 44] b) Demgegenüber finden sich im UWG teils unübersichtliche, teils überladene Normenkomplexe. Dies betrifft insbesondere Art. 3 UWG, welcher insgesamt 20 Untertatbestände umfasst. Diese – gesetzgebungstechnisch an sich vermeidbaren – Verklumpungen und Verdichtungen des Gesetzestexts erschweren den Konsumenten wie auch den Unternehmen die Information über ihre Rechte und Pflichten.

3. Platzierung von OR in Spezialgesetzen

[Rz 45] Infolge der KKG-Revision 2001 wurden die Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag (Art. 226a–226d und 226f–226m aOR) aus dem OR ausgegliedert und

– sinngemäss – in das KKG und UWG überführt (s. vorn II./1./c). Mit der geplanten Aufhebung der noch bestehenden Regelung zum Vorauszahlungsvertrag (Art. 227a–228 OR) soll überdies auch das restliche Teilzahlungsrecht aus dem OR herausgeräumt werden.

[Rz 46] Die «Umplatzierung» der Teilzahlungsgeschäfte ist u.a. auch unter dem Aspekt der Kohärenz gerechtfertigt: Als Sonderrecht gehört das Teilzahlungsrecht unserer Meinung nach eher in einen Spezialerlass als in eine Kodifikation.⁶³

[Rz 47] Als gesetzgebungstechnisch ebenfalls nicht ideal hat sich die Aufspaltung der teilzahlungsrechtlichen *sedes materiae* in mehrere Erlasse erwiesen. Dadurch, dass der Konsumkreditvertrag sowohl im KKG (und der dazugehörigen VKKG) als auch im UWG (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n und Art. 4 lit. d UWG) geregelt wurde, entstanden nebst Unübersichtlichkeit auch (Wertungs-) Widersprüche, die in erster Linie auf die ohne guten Grund unterschiedlichen Abstraktionsstufen innerhalb derselben Normgruppe zurückzuführen sind (s.z.B. die sachwidrige Begrenzung auf Konsumkreditverträge bezüglich der Informationspflichten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG bzw. hinsichtlich des Verbots der Verleitung zum Vertragswiderruf gemäss Art. 4 lit. d UWG; vorn II./2./2.1/a).

4. Zwischenfazit

[Rz 48] Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass die «Vermischung» von b2c-Recht mit dem klassischen Vertragsrecht, aber auch mit dem Lauterkeitsrecht, mit zahlreichen Nachteilen verbunden ist.

[Rz 49] a) Zum einen sind im b2c-Recht zwingende Bestimmungen die Regel, dispositive dagegen die Ausnahme, so dass dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis mit den im allgemeinen Vertragsrecht tragenden Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit kontrastiert, ohne dass ersichtlich wäre, entlang welcher Grenzen das eine in das andere umschlägt. Zum andern unterliegt das Konsumschutzrecht als dynamisches und sich ständig weiterentwickelndes Rechtsgebiet einem schnelleren Wandel, während für das tradierte und kodifizierte Vertragsrecht eine grössere zeitliche Beständigkeit charakteristisch ist. Kurzum: Die divergierenden Normarten und -qualitäten sowie die unterschiedlichen Zyklizitäten von klassischem Vertragsrecht und Konsumschutzrecht führen bei «Mischregelungen» zu fast nicht vermeidbaren Inkohärenzen.

[Rz 50] b) Dies spricht zunächst dafür, neue Konsummaterien jeweils in separaten *Spezialgesetzen* zu verankern. Allerdings geht aus der vorhergehenden Analyse hervor, dass aus der Aufspaltung der einschlägigen Regelungsmaterie in mehrere Sondererlasse wiederum Nachteile erwachsen.

⁶¹ S. Art. 3 Ziff. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95 vom 21. April 1993, 29.

⁶² S. Art. 5, 10 und 11 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

⁶³ S. HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M., Einleitung vor Art. 1 ff., in: HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020), Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013, N 25.

Erstens werden dadurch künftige Gesetzesrevisionen verkompliziert, weil die Änderung einzelner Regelungen die gleichzeitige Anpassung mehrerer Gesetzgebungsakte erforderlich macht. Und zweitens schafft die Streuung von b2c-Normen eine Unübersichtlichkeit, welche das grundsätzliche Postulat, dass Konsumenten und Unternehmen sich transparent und eindeutig über ihre Rechte und Pflichten informieren können sollten, konterkariert.

[Rz 51] Aus all diesen Gründen sollten unserer Ansicht nach alle Konsumverträge in ein *umfassendes Konsumschutzgesetz* eingegliedert werden.

V. Assessment II: Wünschbarkeit eines Konsumschutzgesetzes

1. Vorteile

1.1 Gewinn an Übersichtlichkeit für Konsumenten und Unternehmen

[Rz 52] Ein erster Vorteil eines solchen Konsumschutzgesetzes läge in der *Übersichtlichkeit* für Konsumenten, Unternehmen und Dritte über die geltenden Konsumrechtsnormen. Angesichts der in den letzten Jahren (etappenweise) erfolgten Zunahme an Umfang und Komplexität des b2c-Rechts (s. vorn II.), ist es heute für die Vertragsparteien und Dritte immer schwieriger, sich einen Überblick über die anwendbaren Rechtsnormen zu verschaffen.⁶⁴ So müssten z.B. bei Abschluss eines Konsumkreditvertrages über das Internet die einschlägigen Regelungen im KKG und in der VKKG, aber auch im UWG (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n, Art. 4 lit. d UWG) und – dem aktuellen Revisionsvorhaben zufolge («Revision des Widerrufsrechts»; s. vorn II./1.a) – im OR (Art. 40a ff. VE-OR ergänzend) konsultiert werden. Die Zusammenfassung des gesamten konsumrelevanten Vertragsrechts in *einem* Gesetz würde den Parteien ermöglichen, sich mit kleinerem und also vertretbarerem Aufwand und «kontextgebunden» über die für sie geltende Rechtslage zu informieren.

1.2 Steigerung der Flexibilität und Effizienz bei (künftigen) Gesetzesrevisionen

[Rz 53] Im Gegensatz zum klassischen OR-Vertragsrecht, das zeitlich beständig ist, untersteht das Konsumrecht vielen und raschen Veränderungen (s. vorn II.).⁶⁵ Werden die konsumspezifischen Regeln in ihren heutigen Gefässen belassen, hat dies für den Gesetzgeber die Konsequenz, dass er in relativ *kurzen* Zeitabständen gleichzeitig *mehrere* Gesetzgebungsakte revidieren muss, will er *à jour* bleiben. Durch Platzierung aller b2c-Normen in einem einzelnen Konsumschutzgesetz würden künftige Gesetzesänderungen flexibler

und effizienter gestaltet: Statt mehrere Gesetze zu ändern und immer wieder neu aufeinander abzustimmen, müsste jeweils nur ein Erlass novelliert werden.

1.3 Verbesserung der Kohärenz zwischen den Rechtsmaterien

[Rz 54] Schliesslich würde ein Konsumschutzgesetz dazu dienen, die *Inkohärenzen* zu beseitigen, die sich aus der Verflechtung von b2c-Normen mit klassischem Vertragsrecht ergeben. Diese betreffen einerseits die Art bzw. Qualität der jeweiligen Normen, andererseits aber auch ihren Abstraktionsgrad.

[Rz 55] a) Konsumrelevantes und «neutrales» Vertragsrecht verfolgen unterschiedliche Ziele: Während das b2c-Recht den *Konsumschutz* anvisiert, ist das OR-Vertragsrecht den Grundsätzen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit verpflichtet. Diese inhaltlich verschiedenen Ziel- und Schutzrichtungen haben unmittelbare Auswirkungen auf die Art bzw. Qualität einer Norm. So besteht das allgemeine Vertragsrecht in der Hauptsache aus dispositiven – und ausnahmsweise aus zwingenden – Rechtsnormen, wogegen das Konsumvertragsrecht von der im Wesentlichen zwingenden Natur seiner Vorschriften geprägt ist.

[Rz 56] b) Zudem führt die Eingliederung von b2c-Recht in das OR dazu, dass regelmässig, wenn nicht gar zwangsläufig, der traditionelle Gesetzesstil durchbrochen wird. Die im OR formulierten Rechtssätze weisen einen hohen Abstraktionsgrad auf. Überdies zeichnen sie sich durch ihre Einfachheit, Klarheit und Kürze aus.⁶⁶ Demgegenüber ist für das EU-Konsumschutzrecht, insbesondere für die EU-Richtlinien, ein hoher Detaillierungsgrad kennzeichnend. Dieser wird bei der Transferierung von b2c-Recht in das klassische Vertragsrecht leider oftmals beibehalten (s.z.B. Art. 40a ff. VE-OR oder Art. 3 UWG), wodurch Inkohärenzen entstehen.

[Rz 57] Insofern würde die Auslagerung des b2c-Rechts aus dem OR eine klare und kohärente Strukturierung beider Rechtsmaterien ermöglichen: Sowohl das OR wie auch das Konsumschutzgesetz unterlägen ihren je eigenen Ordnungsprinzipien und Zyklicitäten.

2. Systematischer Aufbau

[Rz 58] Systematisch gesehen könnte ein solches Gesetz in einen *Allgemeinen* und einen *Besonderen Teil* gegliedert werden.

2.1 «Allgemeiner Teil»

[Rz 59] In einem allgemeinen Teil könnten jene Bestimmungen platziert werden, die – gleichsam «vor die Klammer gezogen» – für alle Konsumverträge gleichermassen Geltung beanspruchen. Dazu gehören z.B. verallgemeinerbare

⁶⁴ S. HUGUENIN/GIAMPAOLO/MEISE (FN 12), 3 f.

⁶⁵ S. HUGUENIN/HILTY (FN 63), N 25.

⁶⁶ S. HUGUENIN/HILTY (FN 63), N 26.

Begriffsdefinitionen wie «Konsument» oder «Anbieter», aber auch «vertragstypenübergreifende» Regelungen wie die allgemeinen Informationspflichten oder die Modalitäten und Folgen der Widerrufsrechte.

[Rz 60] Mittels eines solchen allgemeinen Teils, welcher die aus dem typenspezifischen Konsumrecht «abstrahierten» und für alle b2c-Verhältnisse verallgemeinerten Regelungen enthielte, würde ein System geschaffen, welches das Zusammenwirken der Normen innerhalb des Konsumvertragsrechts transparenter gestaltete und deren Abstimmung untereinander verbesserte. So müssten z.B. einzelne Begriffe und Figuren nicht mehr für jeden Konsumvertragstypus gesondert definiert bzw. durch (teilweise unübersichtliche) Verweise zueinander in Bezug gesetzt werden. Diese könnten stattdessen vereinheitlicht und an *einer* Stelle zusammengefasst werden, was gleichermassen der Fortentwicklung der Rechtsprechung wie auch der Rechtssicherheit diene.

2.2 «Besonderer Teil»

[Rz 61] Der besondere Teil würde alsdann die spezifischen Bestimmungen über die einzelnen Konsumverträge umfassen. Hierzu gehörten die Regelungen über die Fernabsatz- und Haustürverträge, die bei Kaufverträgen besondere Regelung über die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen, die Vorschriften über Konsumkredit-, Partnerschafts- und Pauschalreiseverträge sowie die Normen über die Produkthaftungspflicht.

VI. Schlussfazit

[Rz 62] Aus der Verteilung von *business-to-consumer*-Normen (b2c) auf verschiedene Gesetze (OR, UWG, KKG, PauRG) ergeben sich mehrere Nachteile. Infolge der unübersichtlichen Regulierung des Konsumvertragsrechts ist es für Konsumenten, Unternehmen und andere involvierte Kreise zunehmend schwierig, sich über ihre Rechte und Pflichten zu informieren. Zudem führen die unterschiedlichen Normarten und Zyklizitäten von klassischem Vertragsrecht und Konsumschutzrecht zu regelungstechnischen Inkohärenzen.

[Rz 63] Das gesamte konsumrelevante Vertragsrecht könnte stattdessen neu in einem Konsumschutzgesetz zusammengefasst werden (s. Annex «Muster-Konsumschutzgesetz»). Dadurch würde das OR von b2c-Normen entlastet werden und das Konsumvertragsrecht an Übersichtlichkeit gewinnen. Darüber hinaus würde die Effizienz bei künftigen Gesetzesrevisionen sowie die Kohärenz zwischen den Rechtsmaterien gesteigert. Es spricht also einiges für ein solches Konsumschutzgesetz.

VII. Annex: «Muster-Konsumschutzgesetz»

«Muster-Konsumschutzgesetz» im Format PDF

Davide Giampaolo ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, *Claire Huguenin* ist Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich.

* * *